



EB 2017/059

Resolución 064/2017, de 30 de mayo de 2017, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa **SERVICIO ASISTIDO MÉDICO URGENTE, S.L. contra los pliegos del contrato de “Servicio de transporte sanitario en ambulancias no asistenciales, convencionales y de transporte colectivo para personas usuarias del Sistema Sanitario de Euskadi en el Área de Salud de Bizkaia, a excepción de Ermua, Mallabia, Otxandiano y Ubidea, y los municipios del Área Sanitaria de Álava de Aiara, Amurrio, Artzeniega y Laudio y Okondo”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Salud).**

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 18 de abril de 2017, la empresa **SERVICIO ASISTIDO MÉDICO URGENTE, S.L.** (en adelante, **SAMU**) interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, **OARC / KEAO**) un recurso especial en materia de contratación contra los pliegos del contrato de “Servicio de transporte sanitario en ambulancias no asistenciales, convencionales y de transporte colectivo para personas usuarias del Sistema Sanitario de Euskadi en el Área de Salud de Bizkaia, a excepción de Ermua, Mallabia, Otxandiano y Ubidea, y los municipios del Área Sanitaria de Álava de Aiara, Amurrio, Artzeniega y Laudio y Okondo”, tramitados por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Salud).

SEGUNDO: Con fecha 18 de abril se solicitó al poder adjudicador el expediente y el informe a los que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley



de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), los cuales se recibieron el 4 de mayo.

TERCERO: Con fecha 5 de mayo de 2017 el titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 13/2017, por la que se suspende el procedimiento de adjudicación.

CUARTO: No constan en el procedimiento interesados distintos del recurrente y el poder adjudicador.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de don A.L. M.C., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, en relación con el artículo 16.1 b) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: Según el artículo 40.2 a) TRLCSP son objeto de recurso especial los pliegos que rigen la licitación del contrato.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:



a) El presupuesto del contrato es insuficiente para que el adjudicatario asuma los costes de su ejecución, teniendo en cuenta además que la oferta económica supone un 51% del de la puntuación máxima que pueden obtener los licitadores, por lo que no se ajusta al mercado. Esta insuficiencia afecta a los medios puestos a disposición del contrato, pero también a los requerimientos técnicos exigidos (indicadores de obligado cumplimiento que no existían en la anterior licitación), que supondrán la adscripción de más vehículos y trabajadores; alega que el presupuesto solo incrementa en un 0,6% el importe de adjudicación del contrato vigente, que data de 2011 y que ya es actualmente insuficiente; los costes laborales se han incrementado más de un 25%. Se aporta un informe de costes del servicio que corrobora las afirmaciones del recurso.

b) Se impugna la penalidad en el caso de huelga legal (cláusula 14 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP) Por ser contraria al derecho de huelga y a su reconocimiento y regulación constitucional y legal. Esta cláusula permite al poder adjudicador descontar del canon mensual, previa audiencia del contratista, la parte proporcional de los servicios dejados de prestar, con el límite del 40% del importe de adjudicación; se considera que no se tiene en cuenta que el sector del transporte está muy sindicalizado y es muy reivindicativo, y que habría de estarse a los servicios mínimos aprobados; además, el número de servicios sobre el que se hace el cálculo de la penalización no es el de los servicios mínimos aprobados, sino los “inicialmente previstos”.

c) Se impugna el punto 33.2 del PCAP, que establece la obligación de contratar un 20% de trabajadores desempleados en dificultad especial para acceder al empleo, obligación que podrá modularse en caso de subrogación de la plantilla anterior o de que el nuevo contrato no precise de contrataciones adicionales. La cláusula es ilegal porque no ha tenido en cuenta que el contrato implica la subrogación de 354 personas con la titulación exigida para el puesto; aunque hubiera que contratar más personal, es imposible cumplir con la cláusula porque se trata de una profesión muy demandada y con baja tasa de paro,



siendo muy improbable que la desempeñen personas con dificultades especiales de empleo.

d) El recurrente considera que, en contra de lo que señala la cláusula 32.9.3 i) del PCAP, no hay obligación de que el contratista proporcione a sus trabajadores lugares de descanso o servicio de comedor en la empresa; de resultar debido, su coste debiera incluirse como coste del contrato.

e) El plazo de vigencia del contrato es insuficiente a la vista de las inversiones y gastos necesarios para su debida ejecución.

f) La solvencia económica solicitada es desproporcionada, por insuficiente, con el importe del contrato.

g) Finalmente, se solicita que se declare la disconformidad a Derecho de los pliegos y que se fije un precio de licitación adecuado, se eliminen las cláusulas impugnadas, se amplíe el plazo de ejecución previsto a un mínimo de cinco años totales y se establezcan los requisitos de solvencia de manera proporcionada al objeto e importancia del contrato.

SÉPTIMO: El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) El poder adjudicador presenta un informe relativo al acomodo del presupuesto del contrato al mercado, del que se concluye que el valor del contrato es realista. Llama la atención que el coste de personal calculado por la administración para el presente contrato es superior al calculado por el actual empleador, que es el recurrente. Los cálculos han tenido en cuenta el presupuesto de anteriores licitaciones, recalculándolo, y se han tenido en cuenta los costes del servicio y un margen razonable de beneficio empresarial. Se alega que el deber de la Administración es conseguir el precio más bajo posible siempre que ello no ponga en riesgo una concurrencia suficiente y la correcta ejecución del contrato, y que corresponde al recurrente probar que el precio fijado en los pliegos supera dichos límites, lo que no se ha hecho en este



caso. La concurrencia está garantizada, dado que se han recibido numerosas llamadas de entidades interesadas en el contrato y que están preparando su oferta, y el contrato se está ejecutando por el propio recurrente, hasta la fecha en términos razonables, por un importe inferior al ahora presupuestado. El recurrente pretende que el precio contractual suprima todo riesgo derivado del contrato, pero la Administración no puede garantizar un beneficio mínimo. Asimismo, se considera que el informe aportado por la recurrente es interesado y se basa en supuestos costes del recurrente, que dependen exclusivamente de la estructura y organización de la UTE adjudicataria. Se aporta un informe de la Dirección de Aseguramiento y Contratación Sanitarias que corrobora la corrección del presupuesto del contrato.

b) La penalización en caso de huelga se ha incluido para evitar situaciones en las que el servicio no se prestaba correctamente en caso de huelga, los trabajadores no percibían su salario y, sin embargo, el contratista cobraba el precio adjudicado sin mostrar interés por arreglar el conflicto; que OSAKIDETZA conozca con antelación los servicios mínimos es razonable teniendo en cuenta que debe reorganizar el servicio; asimismo, el derecho a la huelga no se altera por esta estipulación.

c) La condición especial de ejecución impugnada trae causa del Acuerdo de Consejo de Gobierno de 29/4/2008, del artículo 118 del TRLCSP y de la Ley 3/2016, sobre la inclusión de determinadas cláusulas sociales en la contratación pública; el recurrente debió impugnar, por lo tanto, el citado Acuerdo por la vía legal que corresponda.

d) Los pliegos contemplan una serie de obligaciones en materia laboral, de seguridad social y de seguridad y salud en el trabajo; dichas obligaciones, incluidas en un pliego tipo, solo se exigirán si son legalmente exigibles.

e) El plazo de ejecución es ajustado a lo dispuesto en el artículo 23 del TRLCSP, ya que los pliegos no exigen ni valoran como criterio de adjudicación



las inversiones en nuevos vehículos o medios materiales; asimismo, el periodo de contratación previsto se justifica por la actual negociación de un nuevo convenio colectivo que alterará el escenario del servicio y por excepcional situación del transporte programado en otras áreas de salud.

f) La clasificación es potestativa en los contratos de servicios; los criterios de solvencia establecidos en los pliegos se basan, como referencia, en los establecidos en el vigente Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).

OCTAVO: Los temas centrales del recurso y las apreciaciones de este OARC / KEAO son los siguientes:

A) Ajuste al mercado del presupuesto del contrato

El recurso, en síntesis, alega el incumplimiento del artículo 87.1 del TRLCSP, que exige que los poderes adjudicadores cuiden de que « (...) el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación (...)», por considerar que el presupuesto de licitación de 17.980.022, 23 euros es insuficiente para la correcta ejecución del contrato.

En sus Resoluciones 64/2013 y 104/2016 (ver también la Resolución 69/2016), este OARC / KEAO se pronunció sobre esta cuestión señalando que «El mandato de ajustarse al precio general del mercado no implica que el órgano de contratación no deba buscar la oferta económicamente más ventajosa y, en particular, el precio más bajo posible, siempre que ello no ponga en riesgo el cumplimiento del contrato mediante la inserción de condiciones económicas poco realistas. Una impugnación de la adecuación del precio debiera pues demostrar, más allá de las dudas propias de una materia que por definición está sometida a las cambiantes vicisitudes del mercado y de la situación económica general, que el órgano de contratación ha elaborado unos pliegos con un presupuesto inicial bajo cuya vigencia no cabe esperar suficiente concurrencia ni una ejecución normal del contrato.»



Asimismo, se añadía que «(...) es plenamente acorde con el principio de uso eficiente de los fondos públicos (artículo 1 TRLCSP) que el poder adjudicador configure los términos de la licitación de tal manera que fuerce a las empresas interesadas a mejorar sus ofertas optimizando sus costes y la eficiencia de su servicio y rebajando, en definitiva, el importe de su oferta» y que ello no contradice el principio de adecuación al mercado porque «(...) la Administración se estaría comportando como un agente de dicho mercado, en concreto como un exigente demandante de servicios que promueva la competencia efectiva e intenta obtener la máxima rentabilidad del precio que está dispuesta a pagar (...)»; finalmente, se establecía que «una vez comprobado que el presupuesto inicial no contiene ningún error manifiesto o arbitrariedad evidente que lo invalide, y dado que el recurso no ha acreditado suficientemente la imposibilidad de garantizar la viabilidad del contrato, no hay razón para calificar de inadecuado el presupuesto fijado por la Administración.» En análogo sentido, la Resolución 726/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), que resume su doctrina sobre la materia, recuerda que el órgano de contratación goza de discrecionalidad a la hora de fijar el precio contractual, que en «el control del gasto debe presidir la interpretación del art. 1 TRLCSP, y que por tanto, el precio de mercado actúa, en principio, no como “suelo” sino como “techo”» y que «solo la constatación manifiesta de la incorrección del precio fijado que haga presumir una absoluta falta de concurrencia permita anular la cláusula correspondiente» (en sentido similar se expresa el Acuerdo 45/2014 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

Partiendo de estos criterios, debe comprobarse si se ha acreditado o no que la fijación del precio es, en los términos expuestos, incorrecta, análisis que debe partir de las siguientes consideraciones:

a) Consta en el expediente que una Unión Temporal de Empresas (UTE) de la que forma parte el propio recurrente propuso en marzo de 2017 asumir el servicio mediante un procedimiento de emergencia (de la que luego se desistió) por un total de 16.145.693 € (1.834.329,23 € menos que el presupuesto impugnado y 3.199.660 € menos que el presupuesto estimado ahora como adecuado). Asimismo, la recurrente es la actual prestadora del servicio



mediante sucesivas prórrogas anuales aceptadas voluntariamente, y está percibiendo por ello un importe menor al del presupuesto del contrato que se licita, sin que conste que ello haya supuesto especiales incidencias. Dado que no es razonable pensar que ambas circunstancias se deben al ánimo de ejecutar un contrato para no recuperar los costes, hay que concluir que el verdadero motivo de la impugnación no es ajustar el precio al mercado para que la prestación se ejecute normalmente, sino configurarlo de modo que se maximicen las posibilidades y la cuantía de los beneficios empresariales, reduciendo o eliminando el riesgo inherente a cualquier contrato (artículo 215 del TRLCSP).

b) Constan dos ofertas a la licitación, lo que hace suponer que el importe del presupuesto no ha impedido la concurrencia. Por otro lado, se da la circunstancia que una de las ofertas es de una UTE de la que forma parte la empresa recurrente; a salvo de conocer el contenido de la oferta, ello abunda en la falta de credibilidad del motivo de recurso.

c) De la comparación entre el informe económico que acompaña al recurso y el aportado por el poder adjudicador no se deducen errores manifiestos o arbitrariedades que invaliden el presupuesto del contrato. En particular, no cabe plantear varios escenarios de costes, como hace el recurso, y las estimaciones deben hacerse sobre los datos conocidos o previstos, el resto de las posibles vicisitudes favorables o desfavorables para la rentabilidad del contrato son simple consecuencia del riesgo inherente a la actividad empresarial. Asimismo, el poder adjudicador ha puesto en duda de modo convincente varios argumentos del recurso, como son, entre otros, los siguientes:

- El cálculo de los costes salariales es mayor en la estimación de la Administración que en la del recurrente.
- No es necesario aportar vehículos nuevos, ni se valora como criterio de adjudicación, lo que desvirtúa los cálculos del recurrente.



- Se incluyen gastos no imputables al contrato, como ciertos tributos o gastos profesionales.

Por todo ello, el motivo de recurso debe desestimarse.

B) Penalidad en el caso de huelga

La cláusula impugnada está prevista en el apartado 14 de la carátula del PCAP, titulado “Penalidades”, y su contenido es el siguiente:

«En caso de que situaciones de huelga legal del sector del transporte sanitario impliquen una minoración significativa (igual o superior a un 30% del volumen diario) del número de servicios efectivamente realizados sobre los inicialmente previstos, al final del ejercicio se procederá a descontar del canon mensual, previa audiencia a la contratista, la parte proporcional correspondiente a los servicios dejados de prestar. Límite máximo de la posible disminución del canon global anual (con motivo de la aplicación de este apartado): 40% del importe de adjudicación (aplicadas las revisiones correspondientes).»

A juicio de este OARC / KEAO, esta estipulación (que en realidad no es una penalidad aunque se le califique así en los pliegos) procura que el contratista solo perciba el precio correspondiente a los servicios que efectivamente ha prestado, que es el único precio al que tiene derecho (ver, por ejemplo, el artículo 216.1 del TRLCSP, que habla de “prestación realizada”, o el artículo 199.1 RGLCAP, que habla de “trabajos realmente ejecutados”). Dado que el precio del contrato se fija por tanto alzado con facturación mensual, y no por precios unitarios que remuneran cada traslado, la cláusula trata de modular la repercusión en ese precio global del incumplimiento de una parte significativa de los servicios inicialmente previstos cuando la situación esté provocada por una huelga legal. La pretensión del recurrente se basa en que la estipulación es contraria al derecho de huelga, lo que no es cierto, pues para nada se impide o limita dicho derecho; únicamente se trata de que el empresario no pueda enriquecerse ilegítimamente percibiendo una retribución que no se corresponde con la prestación efectiva de todos los servicios pactados. El



hecho de que la falta de prestación se deba a una huelga no altera esta conclusión, pues no es una razón que se pueda oponer válidamente frente al poder adjudicador para cobrar como si el contrato se hubiera ejecutado normalmente (ver, por ejemplo, el informe 60/2008 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, cuyas conclusiones se comparten por este OARC / KEAO). Consecuentemente, este motivo de impugnación debe desestimarse.

C) Obligación de contratar trabajadores desempleados en dificultad especial para acceder al empleo

El recurrente impugna la validez de la cláusula 33.2 del PCAP, cuya literalidad es la siguiente:

«33.2.- Condiciones especiales de ejecución para la inserción socio laboral:

33.2.1.- La empresa adjudicataria adquiere el compromiso de incorporar en la ejecución de la prestación contratada al menos un 20% de personas desempleadas que se encuentren en especial dificultad para acceder al empleo. El porcentaje de inserción se computará en relación con el número total de personas trabajadoras necesarias para la ejecución tanto de la empresa contratista como, en su caso, de las subcontratistas.

33.2.2.- Se consideran en especial dificultad para acceder al empleo las siguientes personas:

- a) Las personas perceptoras de renta básica que hayan suscrito un convenio de inserción (acreditado por certificación del servicio social de base correspondiente, acreditativo de ser beneficiaria del citado programa).
- b) Las mujeres mayores de 30 años para las cuales esta contratación sea su primera experiencia laboral, así como aquéllas contratadas después de cinco años de inactividad (acreditado con un informe de vida laboral.).
- c) Las personas con discapacidad que tengan reconocida una minusvalía igual o superior al 33% (acreditado con certificado de minusvalía expedido por el organismo oficial competente).



- d) Las víctimas de violencia doméstica, entendiendo que se encuentran en esta situación quienes hayan sufrido violencia física o psíquica ejercida por su cónyuge o por la personas que haya estado ligada a ella de forma estable por análoga relación de afectividad, o por sus ascendientes, descendientes o hermanos, siempre que estos hechos hayan sido acreditados mediante sentencia condenatoria u orden de protección a favor de la víctima o, excepcionalmente, mediante informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la persona denunciante es víctima de la referida violencia en tanto se tramita la orden de protección.
- e) Las personas que padecen una enfermedad mental (acreditado con un informe médico).
- f) El padre o la madre de una familia monoparental o monomarental, siempre que figuren inscritas como paradas con una antigüedad mínima de tres meses. A estos efectos, se entiende que se encuentra en esta situación aquella persona que tenga a su cargo una o varias personas descendientes que no desempeñen actividad retribuida (acreditado con certificado de convivencia, copia del Libro de Familia y declaración jurada de que tiene a su cargo a una o varias personas descendientes que no desempeñan actividad retribuida, así como certificado expedido por el correspondiente Servicio Público de Empleo de ámbito autonómico o estatal relativo a los periodos de inscripción como desempleada).
- g) Las personas inmigrantes extracomunitarias inscritas como desempleadas un periodo mínimo de 6 meses continuados (acreditado con certificado expedido por el correspondiente Servicio Público de Empleo de ámbito autonómico o estatal relativo a los periodos de inscripción como desempleada).
- h) Las personas desempleadas de larga duración inscritas de forma continuada como demandante de empleo en el servicio público correspondiente al menos durante 12 meses (acreditado con certificado expedido por el correspondiente Servicio Público de Empleo de ámbito autonómico o estatal relativo a los periodos de inscripción como desempleada).
- i) Las personas mayores de 45 años inscritas como parados al menos durante 3 meses continuados (acreditado con certificado expedido por el correspondiente Servicio Público de Empleo de ámbito autonómico o estatal relativo a los periodos de inscripción como desempleada).
- j) Las personas jóvenes comprendidas entre los 16 y los 30 años de edad, que figuren inscritas como paradas entre 5 y 12 meses continuados (acreditado con certificado



expedido por el correspondiente Servicio Público de Empleo de ámbito autonómico o estatal relativo a los periodos de inscripción como desempleada).

k) Las personas procedentes de instituciones de protección de menores siempre que el proceso de inserción laboral se inicie en los doce meses siguientes a su salida (acreditado con la correspondiente certificación institucional).

l) Personas ex toxicómanas (ex alcohólicas y ex drogadictas), considerando como tales a aquéllas que, habiendo superado a juicio del equipo terapéutico correspondiente las fases de desintoxicación y deshabituación, lleven más de 6 meses de tratamiento continuado (acreditado con certificado del Centro de Salud correspondiente).

m) Personas internas en centros penitenciarios que carezcan de cualquier contrato de trabajo y cuyo régimen penitenciario les permita acceder a un puesto de trabajo, y personas ex-reclusas, inscritas como desempleadas, siempre que la contratación se celebre durante los 12 meses posteriores a su liberación (acreditado con la correspondiente certificación institucional).

n) Cualquier persona que lo solicite y que, a juicio de los servicios sociales de base, requiera una intervención o actuación específica para la inserción laboral (acreditado por los Servicios Sociales de Base).

o) Las personas que sufran o hayan sufrido la acción terrorista o la de personas que, integradas en bandas o grupos armados, actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana. Serán consideradas igualmente en este colectivo, aun cuando las personas responsables no estén formalmente integradas en grupos o bandas constituidas con tal fin pero tengan el mismo propósito.

La obligación de inserción laboral podrá modularse para el caso de que la adjudicación del contrato lleve consigo la subrogación de la plantilla anterior y/o que el nuevo contrato no suponga para la empresa adjudicataria la necesidad de nuevas contrataciones. Los anteriores supuestos, de carácter excepcional, habrán de motivarse y justificarse.

Salvo el supuesto previsto en el párrafo anterior, la imposibilidad de incorporar en la ejecución de la prestación contractual un 20% de personas desempleadas con especiales dificultades de acceso al empleo, sólo podrá ser aceptada cuando esté motivada por la incapacidad acreditada de los servicios públicos de empleo y los servicios sociales de base, para atender la oferta de empleo presentada, o por



cuestiones de tipo productivo, organizativo, técnico o económico, razones todas ellas debidamente acreditadas. En estos supuestos, siempre que sea adecuado a la tipología de las prestaciones objeto del contrato, la empresa adjudicataria deberá subcontratar al menos el 5% del importe del contrato con empresas inscritas en el Registro de Centros Especiales de Empleo contemplado en el Real Decreto 2273/1985, o en el Registro de Empresas de Inserción regulado por el Decreto 305/2000, de 26 de diciembre. A estos efectos, las empresas obligadas podrán solicitar del Departamento de Empleo y Asuntos Sociales la relación de empresas inscritas en los referidos Registros.»

La redacción de esta estipulación es casi idéntica al apartado IX. 2 del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 29 de abril de 2008 (Boletín Oficial del País Vasco de 19 de junio, número 116) sobre “sobre incorporación de criterios sociales, ambientales y otras políticas públicas en la contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma y de su sector público”, que es el instrumento legal que ordena al poder adjudicador insertar en los pliegos una cláusula que recoja su contenido. Sin embargo, lo que en el Acuerdo es una redacción adecuada es totalmente incorrecto en el PCAP. Debe tenerse en cuenta que el primero es una instrucción u orden de servicio (artículo 6 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público) que pretende especificar en qué términos y bajo qué condiciones deben incluir en sus contratos las entidades incluidas en su ámbito una condición especial para la inserción laboral de ciertos colectivos desfavorecidos. El Acuerdo hace depender el alcance de dicha condición de varios factores propios de cada contrato, como son la existencia o no de obligación de subrogación de plantilla o de necesidad de nuevas contrataciones, la imposibilidad práctica de atender la correspondiente oferta de empleo u otras razones económicas o productivas. A partir de ahí, será el órgano de contratación el que deba ponderar, a la vista de esta regulación general, el contenido que en cada contrato concreto deba tener la cláusula que dé cumplimiento al Acuerdo, aportando también, en su caso, las correspondientes justificaciones en el expediente. En lugar de aplicar el Acuerdo e insertar una cláusula que dé un contenido concreto a la condición especial, la cláusula impugnada se ha limitado a reproducir su contenido



obviando que el PCAP no es una instrucción general, sino un documento contractual que debe regir con estipulaciones determinadas la ejecución de un contrato concreto. La consecuencia es que, lo que en el Acuerdo era una regulación abstracta para una multiplicidad de supuestos, en el PCAP es un contenido ambiguo que deja en poder del órgano de contratación la delimitación final de la condición especial, lo que es radicalmente contrario a los principios de publicidad y transparencia (artículo 1 del TRLCSP) y a la exigencia del artículo 118.1 TRLCSP de que las condiciones especiales de ejecución figuren en el pliego; en el contrato analizado, este precepto solo se ha cumplido formalmente, pues la cláusula no aclara si la condición especial es aplicable o no, y en su caso, con qué alcance o modulación, infringiéndose también el artículo 2.2 del RGLCAP, que prohíbe con carácter general que la prestación del contratista quede condicionada a resoluciones o indicaciones administrativas posteriores a su celebración. Por todo ello, la cláusula debe anularse.

D) Obligación de que el contratista proporcione a sus trabajadores lugares de descanso o servicios de comedor en la empresa

Se impugna la estipulación 32.9.3 i) del PCAP) en tanto en cuanto obliga al adjudicatario a disponer de servicios de comedor y descanso, en los siguientes términos:

«32.9.- Obligaciones de la contratista en materia laboral, de Seguridad Social y de seguridad y salud en el trabajo: la empresa contratista está obligada al cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales vigentes en materia laboral, de Seguridad Social y de seguridad y salud en el trabajo, y en particular:

32.9.1.- Cuando las prestaciones a desarrollar estén sujetas a ordenanza laboral o convenio colectivo la contratista está obligada a cumplir con las disposiciones de la ordenanza laboral y convenio colectivo correspondiente.

32.9.2.- La empresa contratista adoptará cuantas medidas de seguridad e higiene en el trabajo fueren de pertinente obligación o necesarias en orden a la más perfecta prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de las personas trabajadoras.



32.9.3.- Cumplirá, así mismo, las obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales establecidas por la normativa vigente y, antes del inicio de la actividad contratada, deberá acreditar el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

(...)

i) Proporcionar servicios comedores y de descanso adecuados, y servicios higiénicos, y vestuarios teniendo en cuenta el número de trabajadores y trabajadoras y la localización de las zonas de trabajo.»

En primer lugar, debe observarse que la fuente de la obligación a la que se refiere el recurso, igual que el resto de las obligaciones laborales, de Seguridad Social y de seguridad y salud en el trabajo mencionadas en la estipulación, no es el propio PCAP; por el contrario, este documento contractual se limita a recordar las obligaciones impuestas por la normativa y los convenios vigentes, a los que en varias ocasiones se remite, sin pretender en ningún momento añadir condiciones especiales de ejecución adicionales a ellas. El único contenido verdaderamente innovador es que, para las obligaciones que enumera (una de ellas, la impugnada), se exige al contratista su acreditación previa antes del inicio de la ejecución de la prestación; lógicamente, esta acreditación solo deberá producirse si el adjudicatario está vinculado por la citada obligación, cuestión sobre la que, como ya se ha dicho, nada dice el Pliego y para cuya determinación hay que acudir a la normativa o convenio aplicable. Consecuentemente, no es preciso en este momento que este OARC / KEAO entre a analizar si la obligación recurrida es o no aplicable al caso, pues ello no depende de la cláusula debatida, que no puede causar por sí sola perjuicio alguno a SAMU: si la obligación es aplicable (y por lo tanto se precise la acreditación de su cumplimiento), lo será solo porque así lo establecen la legislación o el convenio aplicable, y si no es aplicable en virtud de dichas normas, el poder adjudicador no podrá pedir la acreditación de su cumplimiento porque los pliegos no le facultan a ello. Independientemente de lo anterior, debe señalarse que no es una buena técnica jurídica que los pliegos incluyan contenidos que se limitan a enumerar obligaciones socio laborales del



contratista cuya fuerza vinculante se deriva de fuentes legales o convencionales que resultarían igualmente aplicables aunque no se citaran en los documentos contractuales; así, la sentencia de 1 de septiembre de 2016 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Resolución 354/2016, ECLI:ES:TSJPV:2016:2898, establece en su Fundamento jurídico cuarto que la introducción de dichas cláusulas “...no hace sino entorpecer la competencia de quien realmente la ostenta y crear confusión jurídica a los contratistas.” No obstante, esta insuficiencia técnica no implica, en principio, ningún vicio de invalidez, por lo que el motivo de recurso no puede aceptarse.

E) Plazo de vigencia inadecuado

El recurrente estima que el plazo de vigencia del contrato es inadecuado a la vista de los gastos e inversiones necesarios para su correcta ejecución. Sobre esta cuestión, el artículo 23.1 del TRLCSP establece que la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta, entre otros factores, la naturaleza de las prestaciones y las características de su financiación; sobre esta base, sería contrario a este precepto un contrato que requiriera fuertes inversiones y gastos iniciales que solo podrían recuperarse en un periodo prolongado de vigencia. En cierto modo, se trata de una cuestión similar a la del mandato de que el precio contractual se ajuste al mercado y relacionada con ella, ya que la adecuación del plazo de duración depende también del precio pagado en él (no es lo mismo un precio en un periodo que el mismo periodo con un precio mayor, p.ej.). Consecuentemente, también es aquí aplicable el principio de que es el recurrente quien debe demostrar que la vigencia prevista es tan incorrecta que no cabe esperar con ella una concurrencia suficiente o una correcta ejecución de la prestación. Por ello, hay que remitirse a los argumentos expuestos por este OARC / KEAO en el apartado A) anterior de este mismo Fundamento de Derecho; además, el argumento de que los vehículos (entre 160 y 180) tendrían un plazo de amortización de cinco años, muy superior al plazo inicial fijado (un año), no es aceptable, pues los pliegos no consignan la obligación de que dichos vehículos



sean nuevos (esta condición ni siquiera se contempla como criterio de adjudicación). Por todo ello, este motivo de recurso debe desestimarse.

F) Solvencia desproporcionada por insuficiente

El recurrente considera que la solvencia fijada en los pliegos es desproporcionada por insuficiente. La cláusula 29.2.2 de la carátula del PCAP establece lo siguiente:

- «Económica y financiera:

Requisito/s: Los licitadores deben disponer de un volumen anual de negocios, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades debe ser de al menos el siguiente importe de 27.010.488,40 euros.

- Técnica o profesional:

Requisito/s: Los licitadores deben haber realizado durante los últimos cinco (5) años disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades (2012, 2013, 2014, 2015 y 2016) servicios de transporte sanitario cuyo importe acumulado anual en el año de mayor ejecución sea de al menos de 12.604.894,59 euros.»

Se observa que la cantidad consignada para la solvencia económica y financiera es el resultado de multiplicar el valor estimado anual medio por 1,5. Esta exigencia no puede considerarse desproporcionada; téngase en cuenta que el artículo 11.4 a) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), en la redacción dada por el Real Decreto 773/2015, establece, para los contratos no sujetos a clasificación y no exentos del requisito de acreditar la solvencia y en los que los pliegos no concreten los criterios y requisitos mínimos para acreditarla, que dicho criterio será «el volumen anual de negocios del licitador o candidato, que referido al año de mayor volumen de negocio de los tres últimos concluidos deberá ser al menos una vez y media el valor estimado del contrato cuando su duración no sea superior a un año, y al menos una vez y media el valor anual medio del contrato si su duración es superior a un año.» Análoga consideración puede hacerse de la solvencia técnica en



relación con el artículo 11.4 a) del RGLCAP que establece, para el mismo supuesto, el criterio de «la experiencia en la realización de trabajos o suministros del mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato, que se acreditará mediante la relación de los trabajos o suministros efectuados por el interesado en el curso de los cinco últimos años, o de los diez últimos años si se tratara de obras, en ambos casos correspondientes al mismo tipo o naturaleza al que corresponde el objeto del contrato, avalados por certificados de buena ejecución, y el requisito mínimo será que el importe anual acumulado en el año de mayor ejecución sea igual o superior al 70% del valor estimado del contrato, o de su anualidad media si esta es inferior al valor estimado del contrato.»

Es claro que no puede considerarse inadecuado, por exceso o defecto, que los pliegos fijen un umbral de solvencia económica y financiera igual al que, por voluntad del legislador, hubiera resultado exigible si el órgano de contratación no hubiera marcado ninguno (ver las Resoluciones 17 y 108/2016 del OARC / KEAO), por lo que el motivo de impugnación debe desestimarse.

NOVENO: A la vista de todo ello, la estimación parcial del recurso conlleva la anulación de la cláusula 33.2 del PCAP. Sin embargo, ello no supone la cancelación de la licitación ni la retroacción de actuaciones por dos razones. En primer lugar, no se solicita así por recurrente, por lo que sería contrario al principio de congruencia que este Órgano las acordara (artículo 47.2 del TRLCSP); en especial, debe tenerse en cuenta que el recurrente ha presentado una oferta, por lo que cancelar el procedimiento sería tanto como invalidarla. En segundo lugar, la estipulación no afecta a las reglas de la licitación, sino a un aspecto parcial de la ejecución del contrato.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskara Autonomía Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,



RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa SERVICIO ASISTIDO MÉDICO URGENTE, S.L. contra los pliegos del contrato “Servicio de transporte sanitario en ambulancias no asistenciales, convencionales y de transporte colectivo para personas usuarias del Sistema Sanitario de Euskadi en el Área de Salud de Bizkaia, a excepción de Ermua, Mallabia, Otxandiano y Ubidea, y los municipios del Área Sanitaria de Álava de Aiara, Amurrio, Artzeniega y Laudio y Okondo”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Salud), anulando la cláusula 33.2 del PCAP.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento acordada en la Resolución B-BN 13/2017, de 5 de mayo.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2017ko maiatzaren 30a

Vitoria-Gasteiz, 30 de mayo de 2017